

DELLA FUNZIONE DELLA PENA, DELLA
GIUSTIZIA RIPARATIVA, DELLA CRIMINALITÀ
ECONOMICA: UNA RIFLESSIONE.



Roberta De Paolis

«(...) *che la grandezza delle pene dev'essere relativa allo stato della nazione medesima*».

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*

SOMMARIO 1. Introduzione. — 2. Sulle tradizionali funzioni della pena tra tradizione ed esigenze di riforma. — 3. I limiti delle tradizionali teorie della pena. — 4. Un ripensamento della penologia classica. — 5. Cenni sulla c.d. giustizia riparativa. — 6. La giustizia riparativa quale alternativa alle tradizionali teorie della pena. — 7. Giustizia riparativa e criminalità economica: limiti e possibilità. — 8. Giustificazione e legittimità della giustizia riparativa nella prospettiva della sua applicazione alla criminalità d'impresa. — 9. La giustizia riparativa nell'ordinamento italiano. — 10. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Se si volge lo sguardo verso il sistema penale contemporaneo, risulta difficile non individuare al suo interno gli estremi per sancirne uno stadio di avanzata precarietà. Ciò è tanto vero quanto evidente se si considera il carattere drammaticamente quotidiano della crisi carceraria, elemento sintomatico di una più generale domanda sulla funzione della pena che appare carente di risposte. La crisi della pena detentiva, già presente fin dal momento in cui assunse le vesti e la funzione di carcerazione preventiva, appare oggi ulteriormente aggravata. In questo senso, non viene solamente in considerazione un profilo di conflittualità rispetto al “senso di umanità” di cui all'art. 27, comma 3 Cost., ma altresì un tema di efficienza e di effettività.

Il primo è probabilmente il profilo più esposto al panorama internazionale, tanto da aver portato la Corte di Strasburgo a condannare l'Italia per la disumanità del sovraffollamento carcerario¹. Tuttavia, non sono da ignorare nemmeno gli alti tassi di recidiva prodotti dal carcere – talmente elevati da ingenerare un paradossale circolo vizioso in cui è la stessa pena detentiva che finisce per contribuire a produrre

¹ *Ex multis*. O. MAZZA, *Dalla sentenza Torreggiani alla riforma del sistema penale*, in *Arch. Pen.*, II, 2014, 361-370.

criminalità – e l’innescarsi di caratteristiche (fisiologiche) e meccanismi (giuridici) che sottraggono i criminali alle pene minacciate. In altre parole, non è solo la “cifra oscura” della criminalità, ma anche tutta quella serie di strumenti – dalla prescrizione alle misure alternative – che evidenziano la profonda divaricazione esistente tra la pena concepita in teoria e la pena come pratica esecutiva.

In definitiva, le frizioni con il sistema dei diritti umani della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l’incapacità della pena detentiva di ridurre la recidiva, lo scarso riconoscimento della vittima e dei suoi diritti di accesso alla giustizia, lo schizofrenico andamento della politica criminale tra la “sanzionorrea”² – in cui il potere tenta di legittimarsi attraverso l’aggravio della risposta punitiva – e la “fuga della sanzione”³ – costituito da meccanismi automatici di accesso alle misure alternative e dal ricorso ai procedimenti speciali – sono solo alcuni dei profili che ripropongono il tema della giustificazione dell’entità e delle tipologie sanzionatorie prescelte. È dunque prima di tutto un problema *ideologico*, laddove la giustizia penale pare rispondere ai problemi di più rilevante dimensione e complessità con il medesimo strumento⁴: la privazione di diritti individuali – libertà personale o patrimonio – tanto più incisiva quanto più è grave il fatto di reato commesso. È proprio in una simile risposta che si intravedono i connotati di una regolazione per difetto dei problemi sociali, di una giustizia che si esaurisce nell’arrecare una ferita aggiuntiva che poco o nulla ha che fare con l’offesa generata dal reato⁵, sfornita di quell’equipaggiamento necessario

² G. FORTI, *Una prospettiva «diabolicamente umana» sul rapporto tra norma e sanzione nell’ordinamento penale*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, 195.

³ E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 857 ss.; F.B. GIUNTA, *L’effettività della pena nell’epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 414 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.; C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss.; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 116: *da strumento (pensato) di individualizzazione, la sospensione condizionale si sarebbe trasformata nei fatti in strumento di fuga dalla sanzione, in particolare da quella detentiva, i cui costi individuali e sociali sono divenuti via via più chiari e meno accettati*; F. Mantovani, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 69.

⁴ M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Politica del Diritto*, 2001, 656, il quale si riferisce a droga, immigrazione, mafia, corruzione pubblica e privata, tutela dell’ambiente e della salute, ecc.

⁵ Cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Napoli, 894.

a ricreare una pace durevole per le parti e privata di quel *senso di possibilità*⁶ che dovrebbe guidare le scelte politico-criminali. In buona sostanza, si profila un diritto penale preoccupato esclusivamente di dimostrare l'“utilità” della pena e non la sua “giustizia”, rovinando nell'impossibilità di legittimarsi ogni qualvolta lo scopo prefissato risulti irraggiungibile⁷.

Di conseguenza, se ci si dovesse arrestare allo stato delle cose, si dovrebbe convenire sul trionfo di un sistema il quale, incapace di garantire indicazioni scientificamente motivabili, offre il fianco alla spirale emotiva dell'allarmismo⁸ ed alla necessità di risolvere i problemi contingenti che via via paiono minacciare la stabilità sociale. È in seno a queste istanze di accomodamento – soddisfacenti ma provvisorie⁹ – che emerge l'attitudine a prediligere misure che appaghino l'esigenza di sicurezza immediata del cittadino. La risposta offerta alle varie manifestazioni della criminalità degli affari ne rappresenta un esempio paradigmatico, laddove l'inasprimento delle pene detentive costituisce una risposta al bisogno di placare un'insofferenza diffusa verso atteggiamenti vissuti come predatori, arbitrari e di “casta”¹⁰. Una simile tendenza procede su di un crinale altamente pericoloso, nella misura in cui mira a soddisfare richieste sociali che prescindono dalla (riconosciuta) scarsa effettività della pena carceraria per i cosiddetti crimini dei “colletti bianchi”. Tuttavia, ad una più attenta valutazione, proprio il perimetro dei reati economici potrebbe ben rappresentare un terreno particolarmente favorevole su cui impostare una riflessione che costituisca la base per *qualcosa (...) che sia più accorto ed umano del diritto penale*¹¹. Sono proprio quei reati che per la loro fisionomia criminologica si sottraggono ai tradizionali requisiti dell'accertamento penale – si prendano ad esempio causalità e colpevolezza – a possedere le caratteristiche per illuminare un messaggio che spesso rischia di sfuggire alla riflessione sulla pena: se si vuole riprogettare l'apparato sanzionatorio, una teoria della pena è *ancora* necessaria¹². In definitiva, per superare le distorsioni dell'attuale macchina penale non si può prescindere dall'affrontare preliminarmente le origini del

⁶ G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 94 che riprende la riflessione di R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*, I, Torino, 1957, p. 12.

⁷ M. PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 1983, I, 3.

⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, Milano, 1974, 45 ss.

⁹ M. PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, cit., I, 3.

¹⁰ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Dir. pen. con.*, IV, 2017, 7.

¹¹ G. RADBRUCHT, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, 136.

¹² L. EUSEBI, *La pena in “crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*. Brescia, 1989, 115.

problema per comprendere quali siano – e se ci sono – i termini per rinnovare l’attuale dinamica punitiva.

2. Sulle tradizionali funzioni della pena tra tradizione ed esigenze di riforma

Se la crisi della funzione della pena appare tutt’altro che una suggestione – laddove *le singole funzioni ad essa tradizionalmente attribuite sembrano aver esaurito...la gamma delle possibili modulazioni del tema di base*¹³ – e parimenti può dirsi circa il dibattito *sulla* funzione della pena¹⁴. Finché persiste il problema della giustificazione della pena¹⁵, allora il dibattito su di essa sarà sempre ineludibile. È in forza di questa consapevolezza che si ripropone la dialettica tra concezioni tradizionali della pena – retributive e utilitaristico-preventive – e il tentativo nostrano di realizzare contaminazioni designate come teorie “polifunzionalistiche”. Pertanto, è proprio dal tema della funzione della pena che si deve partire se si vuole considerare di riprogettare, seppur parzialmente, l’apparato sanzionatorio. In particolare, come accennato in apertura, se si vuole risolvere e superare la crisi della pena detentiva, si deve ripartire dai presupposti su cui il carcere è stato fondato, ossia quelle originarie credenze razionali e consensualistiche di matrice illuministica. In altre parole, ciò che merita, forse, di essere ancora discusso è il complesso dei capisaldi sui quali è stata costruita l’architettura di una “violenza” accettata e spesso invocata quale strumento di salvaguardia dei diritti fondamentali della collettività, di quel male necessario al bene pubblico¹⁶.

La funzione della pena che più di tutte affonda le proprie radici nell’antichità – ed è tuttavia ancora capace di influenzare massimamente gli ordinamenti giuridici contemporanei – è sicuramente quella retributiva. Sin dall’Esodo¹⁷ venne a delinearsi il caratteristico profilo della contro-azione corrispondente alla natura del comportamento¹⁸,

¹³ L. EUSEBI, *La pena in “crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., 12.

¹⁴ E. DOLCINI *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2005, 2, 69.

¹⁵ E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, cit., 69.

¹⁶ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Dir. pen. con.*, IV, 2017, 6.

¹⁷ *Se segue una disgrazia, allora pagherai vita per vita: occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido*. Cfr. U. BRASIELLO, *Pena (Diritto)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1982, 810.

¹⁸ F. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*, in *La funzione della pena: Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano 1989, 12.

sebbene pienamente radicata in un circolo privato-vendicativo che legittimava la vittima ed i suoi familiari ad infliggere al reo una sofferenza della medesima natura dell'offesa¹⁹. È solo con l'avvento dell'Illuminismo e con la nascita dello Stato Moderno che si è giunti a riconoscere nella terzietà dello Stato l'antidoto alla razionalizzazione della vendetta privata²⁰, valutando come giusta solo quella pena proporzionata all'offesa (*punitur quia peccatum est*) e finalizzata al mantenimento della compagine sociale. La pena imposta dallo Stato è pertanto l'unica capace di ristabilire un complessivo clima di tranquillità tra i consociati sfuggendo all'alternativa di *darsi alle violente reazioni private (...) o abbandonare una società incapace di proteggerli*²¹, garantendo al contempo una proporzionalità tra male procurato e male inflitto impermeabile all'impulso degli offesi contro l'offensore²². È proprio il nucleo del principio di proporzionalità che ha permesso gran parte della sopravvivenza della teoria retributiva, nella misura in cui esso opererebbe a garanzia del reo contro l'ingerenza punitiva dello Stato²³. Tuttavia, è solo con l'avvento della teoria preventiva che si è incominciato a valorizzare la capacità della pena in sé – e soprattutto del suo *quantum* – di valutare e influenzare il comportamento dei consociati. Alla luce di essa, la pena costituisce uno strumento precisamente rivolto a prevenire la commissione dei reati, agendo contemporaneamente in una duplice direzione: nei riguardi della *generalità dei consociati* allo scopo di indurre alla propensione

¹⁹ È proprio nel diritto romano arcaico che si ravvisano i segnali prodromici della retribuzione, nella misura in cui il rapporto originato dall'atto illecito assoggetta il responsabile prima all'iniziativa privata e, successivamente, ad una riparazione pecuniaria ragguagliata all'entità del delitto. Cfr. U. BRASIELLO, *Pena (Diritto)*, cit., 810.

²⁰ C. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Milano, 2013, 588.

²¹ F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 410. Nell'impostazione del Carrara, che pure è comunemente definita di stampo "giusnaturalistico", viene espressamente sottolineato che «il fine primario della pena è *il ristabilimento dell'ordine esterno nella società*». v. C. CATTANEO, *Grolmans strafrechtlicher Humanismus*, Baden-Baden, 1988, 131 ss.; F. Mantovani, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, 1991, 299. che opportunamente sottolinea come l'istanza generalpreventiva affiorante nel pensiero carrariano si identifica con la «*prevenzione generale delle offese ai diritti soggettivi e insita nella pena proporzionale al diritto offeso, non la generalprevenzione-difesa sociale dello Stato*».

²² Sul punto: F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., 410. Nell'impostazione del Carrara, che pure è comunemente definita di stampo "giusnaturalistico", viene espressamente sottolineato che «il fine primario della pena è *il ristabilimento dell'ordine esterno nella società*». v. C. CATTANEO, cit., 131 ss.; F. MANTOVANI, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, 1991, 299: che opportunamente sottolinea come l'istanza generalpreventiva affiorante nel pensiero carrariano si identifica con la «*prevenzione generale delle offese ai diritti soggettivi e insita nella pena proporzionale al diritto offeso, non la generalprevenzione-difesa sociale dello Stato*».

²³ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 21.

all'osservanza delle norme penali (teoria generalpreventiva o negativa), ovvero nei confronti del *singolo individuo* che ha già commesso un determinato reato, con l'obiettivo di ridurre le sue potenzialità criminali (teoria specialpreventiva o positiva). Più nello specifico, la teoria generalpreventiva si rivolgerebbe a individui presunti perfettamente razionali i quali, in quanto attenti calcolatori del proprio agire, sarebbero altrettanto perfettamente recettivi al potere intimidatorio del precetto penale²⁴. È questa logica che assiste la tendenza degli ordinamenti ad innalzare i livelli sanzionatori, cosicché per determinate categorie di reati²⁵ – soprattutto quelli mossi da impeti o passioni – si assiste ad un progressivo inasprimento delle pene. Per altro verso, la teoria specialpreventiva deriva viceversa dall'anomalia congenita che alberga nella teoria generalpreventiva: se un delitto vi è stato, allora significa che il soggetto che ha commesso il delitto non ha risposto adeguatamente a quelle ipotesi probabilistiche fondate sul modello agente-calcolatore²⁶. In definitiva, la pena si rivolge all'autore del reato già commesso affinché non torni a commetterne in futuro (*punitur ne peccetur*). Da quest'ultimo punto di vista viene in considerazione la valenza interdittiva, materiale e giuridica rispettivamente del carcere e delle pene accessorie volte ad impedire l'esercizio di quelle attività all'interno delle quali si realizza il reato: la pena è vista come un "anestetico" che, attraverso la permanenza in carcere ovvero le incapacitazioni, dovrebbe ridurre ai minimi termini la recidiva. Tuttavia, un meccanismo siffatto è sembrato inaccettabile in un sistema penale liberal-democratico²⁷, rendendosi necessaria una costruzione della pena che fosse rivolta a recuperare l'autore del reato in chiave strettamente laica. In altre parole, con il tempo è sorto il convincimento per cui il compito dello Stato non si limitasse ad infliggere la pena, ma altresì a *rieducare* il condannato attraverso di essa²⁸. Pertanto, nel momento dell'applicazione della pena si dovrebbe instaurare un dialogo tra l'ordinamento ed il condannato affinché quest'ultimo assuma un atteggiamento responsabile verso i beni giuridici offesi²⁹, che

²⁴ L. EUSEBI, *Il diritto – enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Bergamo, 2007, 85.

²⁵ Cfr. E.H. SUTHERLAND- D.R. CRESSEY, *Principles of Criminology*, Madison, 1966 p. 288 ss. nel ritenere che l'assunto di *Bentham* in base al quale «gli individui regolano il loro comportamento attraverso il calcolo di piacere e sofferenze» («*people regulate their behavior by calculation of pleasure and pains*») sia stato messa in dubbio dalla criminologia moderna, osservano che «molti autori di reato non considerano mai la pena» come componente di un calcolo razionale («*many criminals never consider the penalty*»); G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 132 s.

²⁶ K. GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, Giessen 1978, 44.

²⁷ W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss ein Plädoyer*, Berlino, 2009, 107 ss.

²⁸ C. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale- parte generale*, cit., 592.

²⁹ L. EUSEBI, *Il diritto – enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, cit., 87.

lo allontani dal disvalore delle sue azioni e lo reinserisca in un contesto finalmente inclusivo.

All'interno di una simile dialettica tra retribuzione e prevenzione si colloca lo sforzo del legislatore italiano nel trovare un punto di equilibrio tra necessità sanzionatorie e politica criminale, alla luce dei principi costituzionali: per un verso viene in considerazione il principio di proporzionalità espresso dagli artt. 3 e 27, comma I, Cost.; per altro, i caratteri della pena indicati nell'art. 27, comma III, Cost., laddove *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione*. È proprio l'elevazione del (solo) principio rieducativo al rango costituzionale ad aver costretto i giudici della Consulta ad uno sforzo interpretativo che chiarisse come, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, anche *dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena*³⁰. È dunque in seno a questa lettura che si è consolidata quella teoria *polifunzionale* in virtù della quale gli scopi della pena sono considerati tutti equivalenti o interscambiabili nei tre distinti momenti nei quali si articola il fenomeno punitivo. La funzione rieducativa così profilata, lungi dal rappresentare una mera e generica tendenza riferita al solo trattamento, indicherebbe dunque una vera e propria qualità essenziale che caratterizza la pena nel suo contenuto ontologico. In buona sostanza, la teoria polifunzionale ha reso l'idea rieducativa il fondante anche della fase di commisurazione e applicazione giudiziale della pena, fase dalla quale, invece, la funzione di prevenzione generale si trova tendenzialmente esclusa. Per altro verso, con riferimento alla fase esecutiva, è solo alla soglia degli anni Settanta che la Corte Costituzionale ha esplicitamente riconosciuto il recupero sociale del condannato quale fine ultimo e risolutivo della pena, così confezionando un vero e proprio diritto alla rieducazione³¹ in forza del quale il condannato può chiedere un esame sul protrarsi della pretesa punitiva al fine di accertare se la quantità di pena espiata abbia assolto positivamente il suo fine rieducativo.

3. I limiti delle tradizionali teorie della pena

Retribuzione, prevenzione, rieducazione sono solo alcune delle parole d'ordine che hanno costantemente contribuito a costruire il senso di ineluttabilità della pena

³⁰ V. Corte Costituzionale, sent. 22 novembre 1974 n. 264, *Cons. dir.*, par. 1.

³¹ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, 190.

detentiva. In buona sostanza, il razionalismo e lo scientismo penologico³² hanno costituito le basi teoriche su cui, di volta in volta, legittimare il paradigma più squisitamente punitivo.

Tuttavia, l'era post-moderna, con la sua tipica propensione a liquefare le certezze della modernità, ha disvelato le drammatiche crepe entro cui riposa l'accreditamento della pena carceraria.

Per quanto riguarda la funzione retributiva, emergono almeno tre profili critici, corollari di un'unica contraddizione di ordine logico-razionale: nessun tipo di sanzione è in grado di compensare, in qualche modo annullandola, la realtà del reato, posto che non esiste una pena che per tipo ed entità sia idonea a corrispondere al fatto colpevole. In primo luogo, risulta evidente l'insufficienza del paradigma retributivo nel contrastare tutti quei reati di primo piano dell'epoca contemporanea, vale a dire quelli che producono profitti o altri vantaggi economici, spesso a favore di una cerchia di soggetti che va ben oltre l'ambito degli esecutori immediati di un reato. In altre parole, se la neutralizzazione può sembrare efficace in quanto pone l'agente nell'impossibilità materiale di nuocere, non può ignorarsi che la domanda di accesso ad attività lucrative è sempre superiore all'offerta, cosicché i "posti di lavoro criminale" lasciati liberi dai soggetti neutralizzati saranno comunque coperti da altri³³. Inoltre, anche con riguardo ad attività criminose meno complesse, un approccio che corrisponde il male al male non solo è indifferente rispetto all'intervento antecedente la commissione di condotte criminose - la cosiddetta prevenzione primaria - ma altresì non lascia spazio al profilo motivatore in favore della legalità. Pertanto, una strategia intimidatoria priva di interiorizzazione dei presupposti a fondamento delle norme incriminatrici può funzionare soltanto ove sussista un potere di controllo totale, o di dominio, sui suoi destinatari.

Sebbene la concezione più "assolutistica" della teoria retributiva può dirsi superata, ad oggi sono ancora molti gli elementi essenzialmente retributivi che, seppur parzialmente depurati dalle loro più profonde origini metafisiche, caratterizzano la pena nei sistemi giuridici occidentali³⁴. Così, l'impronta della concezione retributiva pare riemergere periodicamente con rinnovato vigore³⁵: dinanzi al declino dell'ideale

³² F. PALAZZO, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, cit., 6.

³³ L. EUSEBI, *La colpa e la giustizia. Ripensare la giustizia*, in *Paradoxa*, 2017, 48.

³⁴ K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe — Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, 214: parla di *ciclo della retribuzione senza via d'uscita*.

³⁵ G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 46.

riabilitativo³⁶ e al progressivo abbandono da parte del sistema punitivo delle sue funzioni sociali³⁷, ritornano in auge quei meccanismi irrazionali ed inconsci della società punitiva³⁸. In altre parole, a fronte di società sempre più investite da un profondo senso di insicurezza³⁹, i sistemi occidentali sono costantemente lacerati da istanze di stampo retribuzionista⁴⁰ volte a rispondere a bisogni emotivi, regressivi e catartici⁴¹ con un catalogo di risposte draconiane, rigidamente proporzionali. Così, è sempre più frequente incontrare riforme costellate da parole d'ordine come *tolleranza zero* o, comunque, indirizzate verso approcci secondo cui, cavalcando la cosiddetta teoria dello *just desert*⁴², ognuno merita di essere premiato o punito in base alla propria condotta passata dalla quale ne dipende il trattamento futuro⁴³. Di conseguenza, il principio di proporzionalità, quale corollario virtuoso della teoria retributiva, pare fondarsi su di un impianto teorico non del tutto immune da distorsioni in senso repressivo che riflette il contesto legislativo e culturale di riferimento⁴⁴.

Le attuali tendenze punitive sconfiggono in radice anche l'ideale rieducativo, l'unico potenzialmente in grado di mettere in discussione l'intero sistema

³⁶ D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, 2002, 66.

³⁷ Per un quadro ancora attuale dei rapporti tra crisi dello stato sociale, pulsioni repressive e mutazioni del sistema punitivo: F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Politica del diritto*, 1983, 1427 ss.

³⁸ G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco, tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, 1981, 344.

³⁹ D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, cit., 196 ss.; G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 39 ss.

⁴⁰ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, Milano, 1974, 45 ss. segnalava il rischio che la politica criminale potesse essere guidata dalla *spirale emotiva dell'allarmismo* che avrebbe aperto la strada alle forze che reclamano *'legge e ordine'*; G. MARINUCCI, *Riforma o collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1063 ss.; M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 288 ss.

⁴¹ D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, cit., 28.

⁴² A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlung*, Berlin, 2005, 46.

⁴³ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanction*, Oxford, 1993.

⁴⁴ A tal riguardo V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 183: *la differenza [...] tra la pena adeguata alla colpevolezza, che rappresenta un elemento integratore della prevenzione generale, e la pena con finalità (anche) general-preventiva fissata secondo il 'criterio modale interno' della proporzionalità retributiva [...] diventa allora sottilissima. Ciò si comprende ancor più chiaramente quando si rifletta che il metro di misura utilizzato nelle due concezioni è praticamente uguale: la giustizia della pena non deriva da leggi assolute, ma varia in relazione ai tempi ed ai luoghi secondo il livello che la collettività percepisce come tale.*

sanzionatorio e, più in particolare, quei *settori carichi di sofferenza il cui oscuramento porterebbe ad un regresso pericoloso ed ingiusto*⁴⁵. Più nello specifico, al fiorire di “paure liquido-moderne”⁴⁶ – non tangibili, non calcolabili, frutto piuttosto del disgregarsi delle relazioni interpersonali nelle società occidentali – si è consolidata la propensione a strumentalizzare il cronico senso di vulnerabilità dei cittadini trasformando talune minacce in altrettante emergenze⁴⁷. Ne è dunque discesa una dilatazione ed inasprimento del sistema penale il quale, permeato dalla cultura dell’incapacitazione e dell’esclusione di alcuni tipi criminali⁴⁸, ha conseguentemente compresso l’obiettivo rieducativo.

Parimenti pare vacillante anche l’idea per cui la minaccia, l’irrogazione e l’esecuzione della pena prevengano la commissione dei reati incidendo sul percorso motivazionale dell’eventuale autore di reato⁴⁹. Difatti, non è sempre detto che il potenziale reo, alla stregua di un soggetto capace di operare scelte su base razionale, in presenza di un rischio di pena sufficientemente elevato sceglierebbe di rispettare precetti e divieti posti dall’ordinamento. Più nello specifico, la teoria generalpreventiva solleva alcune incertezze a fronte del rigore punitivo esasperato che asseconda e che finisce per rappresentare nient’altro che *il fallimento della regolazione ordinaria che genera i mostri delle condanne esemplari*⁵⁰. Per altro verso, la teoria specialpreventiva rischia invece di risolversi in una mera risposta all’esigenza di moralizzazione sociale avvertita dalla collettività⁵¹, senza contare che essa soffre della

⁴⁵ C. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione* (1982), in *Scritti giuridici*, Milano, 1997, 1717. Più di recente v. E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit. crimin.*, 2005, 69 ss., secondo cui è tempo di ritornare al tema della rieducazione del condannato, per domandarsi se tale principio sia in grado di opporre un freno alle molteplici tendenze degenerative che percorrono oggi la legislazione penale.

⁴⁶ L’efficace espressione è di Z. BAUMAN, *Paura liquida*, trad. it., Bari, 2008, 28 e *passim*.

⁴⁷ G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, cit., 65: parla di *emergenze per lo più «false»*.

⁴⁸ Che questa sia un tratto tipico del ‘diritto penale del nemico’ è sottolineato da M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, 131, il quale per questa ragione inquadra nella categoria *de qua* il vigente diritto penale dell’immigrazione. Sull’attuale inclinazione della legislazione e della prassi italiane verso un ‘diritto penale del tipo di autore’ v. anche G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d’autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 559 ss.

⁴⁹ Cfr. J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell’irrogazione e dell’esecuzione*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33 ss.

⁵⁰ A. ALESSANDRI, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 671 ss. svolge questa considerazione in relazione alla condanna esemplare (a 150 anni di carcere) inflitta a *Bernard Madoff*.

⁵¹ In senso critico cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, Allegeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Monaco, 2006, 603 s. ritiene che fondare la pena sul carattere etico-sociale del rimprovero

mancanza di dati empirici ancora più di quanto già non accada per la versione generalpreventiva⁵².

4. Un ripensamento della penologia classica

Se il dibattito sullo scopo e sui contenuti della sanzione penale sembra intrappolato in un orizzonte segnato dall'idea di una risposta analoga in negativo al reato, allora *solo una nuova logica può sconfiggere una logica vetusta*⁵³: una logica che trasformi in positivo il rapporto di analogia reato-pena.

Si tratta pertanto di superare il concetto di una pena proporzionata e misurata secondo paradigmi edittali - la quale non opera sugli effetti del reato, né tantomeno si rivolge alla persona stessa cui, pure, risulta diretta - ma bensì di fornire una risposta sanzionatoria che sia in grado di *gestire*⁵⁴ il fatto di reato, avvalendosi dei suoi contenuti e dirigendo l'attenzione sull'impatto che questo produce sulle relazioni umane e sociali.

In buona sostanza, si tratta di sconfessare l'ineludibilità della correlazione tra gravità del reato ed un certo *quantum* di reazione ritorsiva, attraverso un approccio alla dinamica criminosa capace di evitare le storture dei tradizionali paradigmi sanzionatori: per un verso, la rincorsa verso l'alto ogni qualvolta una condotta appare particolarmente inaccettabile agli occhi della società; per altro, la scorretta assunzione per cui il disvalore di un crimine - soprattutto di determinati crimini - possa essere controbilanciato da un *prezzo*. Peraltro, una simile riflessione comporterebbe un ridimensionamento virtuoso dell'applicazione della pena detentiva poiché, radicandosi in motivazioni specifiche secondo il canone dell'*extrema ratio*, scongiurerebbe quella dosimetria retributiva per cui essa risulta sempre apparentemente idonea.

Tutto ciò considerato, è il paradigma della giustizia riparativa a rappresentare una vera alternativa alla monocultura carceraria⁵⁵, nella misura in cui esso opera con lo scopo appunto di "riparare" la coesistenza dei soggetti interessati nella vicenda

della colpevolezza sia nella sostanza solo il relitto di un'antiquata visione sul rapporto tra reato e illecito amministrativo; «*Die Begründung der Strafe mit dem sozial-ethischen Charakter des Schuldvorwurfs ist also im Grunde nur das Relikt einer veralteten Anschauung über das Verhältnis von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*».

⁵² Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 138.

⁵³ P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, in *Cahiers de Villemètrie*, 1958, 35.

⁵⁴ L. EUSEBI, «*Gestire*» il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione*», in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, 226.

⁵⁵ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, cit., 4.

criminosa, scardinando dalle fondamenta l'ideologia di reazione che corrisponde il male al male. Per giustizia riparativa si intende un meccanismo sanzionatorio il quale, attraverso i suoi contenuti, mira alla riparazione dei danni e degli effetti negativi prodotti dal reato commesso, annulla le utilità derivatene per il reo, coinvolge l'autore stesso e l'eventuale vittima nell'identificazione dell'*ingiustizia* del fatto e favorisce, ad opera del primo, scelte idonee a manifestare una recuperata responsabilizzazione verso la parte offesa. In buona sostanza, il *focus* si allontana dalle modalità punitive costruite sul terreno della corrispettività per favorire la concezione della pena alla stregua di un *progetto* il quale, anche qualora non si potesse rinunciare a restrizioni della libertà personale, interviene prioritariamente per motivare il colpevole verso un cosciente affrancamento da legami criminosi, sfuggendo così alle pericolose – e ineguali – semplificazioni figlie della quantificazione sanzionatoria.

5. Cenni sulla c.d. giustizia riparativa

Non esiste una definizione unica e condivisa di “giustizia riparativa” poiché essa, ancor prima di costituire una teoria della pena, esprime un concetto astratto, una filosofia della giustizia che si differenzia dagli approcci tradizionali per almeno due profili: da un lato, essa non concepisce la sanzione penale quale forma ritorsiva della risposta statale⁵⁶; per altro verso, lo scopo riparativo viene perseguito restituendo centralità ai protagonisti del conflitto⁵⁷. In altre parole, la giustizia riparativa rappresenta un paradigma che coinvolge volontariamente il reo, la vittima e la comunità al fine di promuovere rispettivamente la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti ed il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo. È dunque in questi termini che si registra un importante cambio di prospettiva: il reato non costituisce più solamente una mera lesione dell'ordine sociale, quanto piuttosto una vera e propria rottura di previsioni collettive condivise che sollecita il reo ad attivarsi con forme di riparazione dell'oltraggio causato⁵⁸. Nonostante la costante “partecipativa” della giustizia

⁵⁶ Cfr. sul riferimento alla crisi del Sistema penal-punitivo e alla necessità di un paradigma alternativo: N. CHRISTIE, *Conflicts as a Property*, in *The British Journal of Criminology*, 17 ss.; R.E. BARNETT, *Restitution: a New Paradigm of Criminal Justice*, in *Ethics: An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, 1977, 279-301.

⁵⁷ N. CHRISTIE, *Conflicts as a Property*, cit., 227.

⁵⁸ Cfr. A. EGLASH, *Beyond Restitution: Creative Restitution*, in *Restitution in Criminal Justice*, Lexington, 1977, 91-100; M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender mediation. An Essential Guide*

riparativa sia pressoché universalmente riconosciuta, anche le fonti sovranazionali⁵⁹ non sono riuscite ad offrire una vera nozione di *Restorative Justice*, preferendo invece definire la cornice entro la quale si inseriscono prassi e procedura *a carattere* riparativo, i cosiddetti *Restorative Processes*⁶⁰. Così, nei *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* redatti dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002, si parla di un procedimento in cui la vittima, il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto della comunità lesa da un reato, partecipano attivamente alla risoluzione della questione, con l'aiuto di un facilitatore⁶¹; analogamente la Direttiva 29/2012/UE all'art. 2.1, d), considera riparativo quel procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente e liberamente alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale. D'altro canto, la definizione contenuta nella Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle *Regole del Consiglio d'Europa in materia di probation*⁶² fa leva sulla complessità del rapporto reo-vittima-comunità, delineandone i profili contenutistici, tra cui emerge l'importanza che gli autori del reato interiorizzino l'inaccettabilità della propria condotta⁶³. Pertanto, nonostante la varietà delle indicazioni delle fonti sovranazionali sul tema, ciò che rimane costante è che nei meccanismi riparativi è prevista la partecipazione di vittima e autore del reato. Una condizione preliminare di questo tipo restituirebbe peraltro centralità all'elemento della "colpevolezza", primo motore della dinamica criminosa e base legittimante dell'intervento penale, che il sistema

to Practice and Research, San Francisco, 2001; L. WALGRAVE, *Restorative Justice and the Law*, London-New York, 2011.

⁵⁹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano 2003, 170 ss.

⁶⁰ G. MANNOZZI -G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

⁶¹ United Nations, *Basic principles on the use of restorative justice programs in criminal matters*, 2000, § 1 (2): *Restorative process means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.*

⁶² Adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010 nel corso della 1075° riunione dei Delegati dei Ministri.

⁶³ Così: *Giustizia riparativa: comprende approcci e programmi basati su diversi postulati: a. la risposta portata al reato deve permettere di riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima; b. occorre portare gli autori di reato a comprendere che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società; c. gli autori di reato possono e devono assumersi la responsabilità delle loro azioni; d. le vittime devono avere la possibilità di esprimere i loro bisogni e di essere associate alle riflessioni che mirano a determinare come l'autore di reato deve riparare, al meglio, il danno che ha causato; e. la comunità è tenuta a contribuire a tale processo».*

sanzionatorio tradizionale pare aver svuotato spostando l'attenzione esclusivamente sul momento punitivo.

6. La giustizia riparativa quale alternativa alle tradizionali teorie della pena

La concezione riparativa sorge su di un caposaldo fondamentale, ossia l'idea per cui è ineludibile quel processo di partecipazione attiva delle parti coinvolte nella dinamica criminosa perché si realizzi il pieno riconoscimento della vittima e la completa auto-responsabilizzazione di colui che ha commesso il crimine. Affinché la vittima ed il reo possano riesaminare proficuamente i termini della dinamica criminosa, è la comunità a svolgere un ruolo nodale nella riparazione: difatti, se da una parte essa rappresenta la destinataria ultima delle politiche di riparazione, dall'altra, catalizza l'itinerario di pacificazione attuato dal reo. Si potrebbe dunque convenire sul fatto che il nucleo duro della giustizia riparativa si sostanzia nel confronto tra *chi è stato leso e chi ha cagionato il danno*⁶⁴, con l'inevitabile precipitato per cui per alcuni reati – soprattutto quelli “senza vittima” ovvero con “vittima muta”⁶⁵ – simili processi sarebbero preclusi. Tuttavia, proprio questa consapevolezza ha condotto parte della dottrina a superare la centralità del criterio dell'identificazione della vittima, spostando l'attenzione sulla responsabilità assunta da parte del reo, ovvero sulla sua capacità di assumere concretamente compiti di assistenza e di risarcimento capaci di produrre un impatto virtuoso sulla comunità⁶⁶. L'allontanamento dalla prospettiva “vittimocentrica”⁶⁷ ha permesso di scongiurare un'inaccettabile limitazione degli strumenti disponibili⁶⁸ poiché,

⁶⁴ J. BRAITHWAITE, *The Good Society: Restorative Justice and De-Professionalization*, in *The Good Society*, 2004, 28: *Restorative justice is a process where all the stakeholders affected by an injustice have an opportunity to discuss how they have been affected by the injustice and to decide what should be done to repair the harm. With crime, restorative justice is about the idea that because crime hurts, justice should heal. It follows that conversations with those who have been hurt and with those who have afflicted the harm must be central to the process.*

⁶⁵ Cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. dall'oblio al protagonismo?*, Ferrara, 2015; C. PELISSERO, *Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della corruzione*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 159 ss.

⁶⁶ R. CAIRO, *De la reconnaissance des droits des victimes à la justice restaurative*, in *Victim policies and criminal justice on the road to restorative justice. Essais in honour of Tony Peters*, Leuven, 2001, 139 ss.

⁶⁷ S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8, 882 s.; M. Venturoli, *La protezione della vittima del reato quale autonomo scopo del diritto penale*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano, 2015, 11 ss.; C. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2003, 196 ss.

⁶⁸ L. WALGRAVE, *Integrating criminal justice and restorative justice*, in *Handbook of Restorative Justice*, Devon, 2007, 565.

assimilando la giustizia riparativa ad un mero accordo liberamente concluso tra le parti, essa sarebbe destinata a rimanere un *addendum* della misura penale tradizionalmente intesa, senza apportare nessun cambiamento significativo sul piano sistematico⁶⁹. Viceversa, concepire il paradigma riparativo come una *modalità* in cui viene fatta giustizia, nella prospettiva di ricomporre le fratture causate da un crimine, finisce per attuare una vera e propria *rivoluzione epistemologica*⁷⁰ nella ricostruzione della pena e della sua applicazione⁷¹. Difatti, se la concezione tradizionale della pena poggia su di un immutabile carattere di reciprocità⁷², la condotta riparatoria si propone come suo superamento, nel momento in cui introduce la possibilità di una risposta al fatto di reato⁷³. Più nello specifico, a fronte di una medesima condotta, se il modello retributivo si chiede quali siano le leggi trasgredite, quello riparativo si focalizza sulla parte danneggiata dall'atto criminoso: è dunque in questo senso che avviene il transito da una concezione della punizione *somministrata* ad una prospettiva della responsabilità *interiorizzata*. È proprio in questo frangente che si registrano le potenzialità della giustizia riparativa nel superare meccanismi di mera distribuzione tra meriti e colpe, perseguendo piuttosto obiettivi laici di prevenzione, orientamento culturale⁷⁴ e tutela dei beni giuridici⁷⁵. La

⁶⁹ L. WALGRAVE, *La justice restaurative et les victimes*, in *Le Journal International de Victimologie*, Devon, 2002, 565.

⁷⁰ M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Bologna, 2020, 4.

⁷¹ L. WALGRAVE, *La justice restaurative et les victimes*, cit., 570: *une optique sur la manière de faire justice, orientée prioritairement vers la réparation des souffrances et dommages causés par le délit*. L'autore concepisce la riparazione in modo ampio, che comprende tutti i tipi di danni - materiali e fisici, psicologici o relazionali - sia alla vittima che all'autore del reato e alla società nel suo complesso, nelle autorità.

⁷² L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 57.

⁷³ Cfr. C. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, 111 ss.: il *disvalore* del fatto che è tradizionalmente *bilanciato* dal disvalore della sanzione penale (senza dubbio anch'essa *bene negativo* per la collettività), può essere davvero *esausto*, alternativamente, dallo svolgimento di attività riparative da parte dell'autore di reato nei confronti della vittima?»

⁷⁴ C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 853 ss.

⁷⁵ M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *L'indice penale*, 2003, 389; *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, p. 167; C. ROXIN, *Strafrecht, Allegeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Monaco, 69 s. secondo il quale il diritto penale deve servire a tutelare in via sussidiaria i beni giuridici, la libera autodeterminazione dell'individuo ed il mantenimento dell'ordine sociale fondato su quest'ultimo principio.

validità di un paradigma che, in luogo del binomio che contrappone al male del reato il male della pena⁷⁶, sancisce l'obbligo positivo di riparazione a carico del reo⁷⁷, è tanto più evidente laddove la condotta richiesta non si limita al mero risarcimento del danno in senso civilistico⁷⁸, ma conserva nella sua configurazione la più complessa prospettiva penalistica del reato, alla stregua di un'offesa ad un bene giuridico non completamente monetizzabile o misurabile in termini puramente economici⁷⁹.

Si pensi, ad esempio, alla valenza preventiva di un impegno attivo assunto dal reo nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nell'ottica di valorizzare il profilo dell'offesa dell'interesse tutelato⁸⁰; ovvero, ove tale eliminazione non sia attuabile, si pensi alla prestazione di un'attività in favore della collettività che contribuisca a stimolare comportamenti di reinserimento sociale⁸¹.

⁷⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 118: rileva il fatto che istituti costruiti sul modello della sospensione condizionale – nei quali sembra rientrare anche il ruolo svolto dalla condotta riparatoria – *si pongono strutturalmente al di fuori dell'ottica "retributiva"*.

⁷⁷ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, 637 ss. mette in rilievo il fatto che *il diritto non [sia] mai andato al cuore del problema, mettendo in discussione l'assioma secondo cui la giustizia consisterebbe nel rispondere al negativo individuato nell'altro con la reciprocità del negativo che gli venga inflitto*

⁷⁸ Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 349 ss.; A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, 72 ss.

⁷⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, 81 ss. il quale osserva in tal senso *che appare difficile sostenere che le esigenze di elaborazione a posteriori dei fatti offensivi, ma anche delle trasgressioni più gravi di regole finalizzate alla loro prevenzione, possano trovare una risposta esclusiva attraverso iniziative spontanee della comunità sociale o, comunque, escludendo qualsiasi intervento giudiziario che non sia inteso al mero risarcimento civilistico del danno*; K. SEELMANN, *Strafzwecke und Wiedergutmachung*, in *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 1981, 44 ss. , 53; *ex advreso* M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Napoli, 894 ritiene che *sia una fascinazione della fine del Novecento l'idea che la riparazione di un danno- offesa (Wiedergutmachung) possa condurre a un terzo binario ("dritte Spur", "third track") del sistema sanzionatorio*.

⁸⁰ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano 2020, 601: *lo scopo perseguito è quello di placare la reattività collettiva, mostrando che la mancata esecuzione della pena non significa disinteresse per i beni giuridici offesi dal reato e in genere per gli interessi della collettività*; G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Rivista penale*, 1994, 1204, osserva che *il ripristino dello status quo ante sarebbe sanzione realmente ed efficacemente volta alla tutela di esso, anche per i costi elevati che, salva la varietà dei casi, tale reintegrazione comporterebbe per il reo. Tali costi non solo annullerebbero i benefici recati al colpevole del delitto, ma per la fase eccedente, necessaria al ripristino, costituirebbero sanzione adeguata*.

⁸¹ L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale ed austriaco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, parla di *bisogno sociale di soddisfazione o compensazione per l'illecito commesso*.

Peraltro, il paradigma riparativo pare rispondere positivamente anche ai potenziali limiti di legittimità o ragionevolezza derivanti dal principio di proporzionalità, nella misura in cui quest'ultimo nulla dice sulla tipologia, specie o contenuti concreti da attribuire alle risposte sanzionatorie⁸². Invero, una volta superata l'idea che la pena debba replicare proporzionalmente il male del reato in termini qualitativi, allora anche le condotte riparatorie possono trovare ampi margini di operatività in un sistema fornito di un catalogo di opzioni sanzionatorie. In altre parole, operare a favore di una differenziazione del modello repressivo e integrare al suo interno la condotta riparatoria non metterebbe tanto in discussione il carattere punitivo della reazione, bensì il più profondo nucleo retributivo della pena⁸³. La condotta riparatoria, pur mantenendo quei contenuti afflittivi minimi perché si possa continuare a parlare di pena, soddisfa pertanto i bisogni materiali e simbolici⁸⁴ della vittima e della collettività, perseguendo sia finalità special-preventive – laddove richiede al reo di assumere un impegno attivo – che obbiettivi solidaristici, richiedendo che venga ricostruito l'interesse violato.

Da ultimo, volendo calarsi in ambito domestico, un approccio che fonda la deterrenza sul *quomodo* e non sul *quantum* della sanzione penale, ben risponderebbe all'opzione esplicitata dai costituenti nel terzo comma dell'art. 27 Costituzione: le pene effettivamente in grado di assolvere allo scopo general-preventivo sarebbero infatti quelle che perseguono il recupero di una scelta personale dell'autore del reato in favore della legalità e, soprattutto, la reintegrazione del medesimo nella vita civile⁸⁵. In definitiva, anche la Carta Costituzionale sembrerebbe favorire, sebbene in forma mitigata, un orientamento di *prevenzione generale reintegratrice*⁸⁶ che vede l'autore come "compartecipe", ancorché potenziale, degli interventi penali e non mero destinatario passivo. In conclusione, a fronte di una consolidata logica simmetricamente castigatoria, emerge l'esigenza di costruire uno spazio strutturalmente plurale ed intersoggettivo che renda

⁸² Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1167: *Il concetto di proporzionalità retributiva, infatti, non è in grado di indicare [...] alcun contenuto specifico della pena*; L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, cit., 637 ss.

⁸³ C. ROXIN, *Strafrecht, Allegeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 248: *ciò nonostante non si può parlare di abolizionismo. Poiché non viene abolito il diritto penale, ma viene integrata la riparazione nel diritto penale.*

⁸⁴ Rispettivamente, attraverso risarcimento del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose e riconoscimento della vittima e messaggio di riprovazione pubblica del fatto.

⁸⁵ L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 114 ss.

⁸⁶ L. EUSEBI, «*Gestire*» il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione»*, cit., 235.

positiva l'esperienza sociale della delinquenza e che proponga a ciascuno di innescare un circolo virtuoso⁸⁷.

7. Giustizia riparativa e criminalità economica: limiti e possibilità

La giustizia riparativa e la criminalità economica condividono definizioni dai contorni piuttosto sfumati, tanto che entrambi richiedono con frequenza una comprensione tramite approcci olistici e capaci di cogliere tutte le sfaccettature della loro strutturale complessità⁸⁸. Inoltre, non si può ignorare come proprio la criminalità economica sia quella che, più delle altre forme di devianza, solleva (e permette di soddisfare) esigenze di ricomposizione dei nessi sociali distrutti e di riparazione dei danni verso chi subisce le conseguenze del reato⁸⁹. In una parola, sembra che la criminalità dei colletti bianchi risponda all'idea per cui la risposta ad un crimine dovrebbe essere più che una punizione poiché *il reato è più di una violazione della legge*⁹⁰.

Nonostante simili punti di tangenza, è stato obiettato che la criminalità economica presenta alcuni ostacoli strutturali ad un approccio rivolto a "gestire" il reato, motivo per cui sarebbe sufficiente una risposta corrispettiva alla frattura da esso prodotta⁹¹. Le prime perplessità sorgono proprio a partire dal profilo dell'autore della criminalità economica, nella misura in cui esso è descritto alla stregua di un soggetto altamente istruito in grado di comprendere i limiti del suo contesto professionale e superarli con consapevolezza. La criminologia più consolidata parla di una psicologia d'autore tendenzialmente narcisista e priva di empatia, di un soggetto estremamente capace di manipolare e utilizzare il sistema⁹² tanto da manifestare parecchia ritrosia nell'ammettere una sua diretta e completa responsabilità, ritenendo piuttosto che la

⁸⁷ A. GARAPON, *La justice reconstructive*, in *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Parigi, 2001, 308 s.

⁸⁸ A. SERRANO MÁILLO, *El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, 243: osserva che *un settore della criminologia ha proposto altri concetti come "crimine professionale", "crimine aziendale", "crimine politico", "crimine senza vittime", crimine organizzato, ecc. Altri autori, invece, sostengono che è opportuno mantenere astratta questa categoria e studiarne le connessioni con i reati ordinari*.

⁸⁹ P. MCCOLD, *A Causal Theory of Restorative Justice*, Paper presented, in *The 7th International Conference on Conferencing, Circles, and Other Restorative Practices*, Manchester, 2005.

⁹⁰ G. BAZEMORE, *Rock and Roll, Restorative Justice, and the Continuum of the Real World: A Response to "Purism" in Operationalizing Restorative Justice*, in *Contemp. Just. Rev.*, 2000, 459-464.

⁹¹ L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, 2015, 97.

⁹² D. LUEDTKE, *Progression in the Age of Recession: Restorative Justice and White-Collar Crime in Post-Recession America*, in *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2014, 330.

sconsideratezza della sua condotta sia il risultato di una sfortunata evoluzione dell'affare⁹³. Purtuttavia, se criminali particolarmente razionali sono in linea teorica più sensibili alla prospettiva di essere privati della propria libertà personale, il vero interrogativo consiste nel chiedersi se la pena detentiva scoraggi effettivamente i potenziali "colletti bianchi".

Su questo punto, non ci sono ancora dati empirici decisivi sul fatto che pene più dure abbiano un maggior effetto deterrente, soprattutto laddove è stato viceversa provato che le cosiddette "sanzioni informali"⁹⁴ hanno un peso specifico maggiore nell'indirizzare la motivazione. La vergogna, la censura sociale, la perdita di rispetto e tutte le considerazioni ad essi connesse avrebbero infatti un effetto sostanziale sulla decisione di commettere reati d'impresa, talvolta prescindendo totalmente da stime razionali sul rapporto costi-benefici rispetto alla pena⁹⁵.

È proprio in quest'ultima direzione che si registra il potenziale della cosiddetta "vergogna reintegrativa", la quale agisce pubblicizzando l'identità del colpevole ed i dettagli del reato sul presupposto che il trasgressore sperimenta tutta una serie di effetti della propria condotta che ben aderiscono ai presupposti e alle finalità dei processi riparativi⁹⁶. Vengono qui in considerazione la diminuzione dell'integrità, la perdita di prestigio, la perdita di legami, la perdita di autocontrollo, la vergogna, la diminuzione delle prospettive personali e sociali, il debito morale e il senso di obbligo nei confronti delle loro vittime⁹⁷.

Non si può dunque dire che una giustizia anche "parzialmente riparativa" o "per lo più riparativa" sia meno auspicabile rispetto ai procedimenti "per nulla riparativi"⁹⁸, potendo immaginare risposte che si combinano alle tradizionali forme di reazione alla

⁹³ Cfr. D. LUEDTKE, *Progression in the Age of Recession: Restorative Justice and White-Collar Crime in Post-Recession America*, cit., 234.

⁹⁴ R. PATERNOSTER – S. SIMPSON, *Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing A Rational Choice Model of Corporate Crime*, in *LAW & SOC'Y REV.*, 1996, 549: i ricercatori hanno condotto il loro studio su un campione di studenti del primo e secondo anno di laurea in programmi di M.B.A. in tre diverse università e su un gruppo di dirigenti d'azienda che frequentavano un programma di formazione per dirigenti di una scuola aziendale presso una quarta università. Tutti gli studenti intendevano intraprendere una carriera aziendale e commerciale, e la grande maggioranza di loro era stata impiegata nel mondo degli affari per almeno un anno prima dello studio.

⁹⁵ A proposito delle "sanzioni informali": R. PATERNOSTER – S. SIMPSON, *Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing A Rational Choice Model of Corporate Crime*, cit., 561-562.

⁹⁶ J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, in *Oxford University Press*, 2002, 74.

⁹⁷ P. MCCOLD, *A Causal Theory of Restorative Justice*, Paper presented, cit.

⁹⁸ J. GILLIGAN- L. BANDY, *The Resolve to Stop the Violence Project: Reducing Violence through a Jail-Based Initiative*, in *Journal of Public Health*, 2005, 143-8.

criminalità d'impresa. In definitiva, accogliendo un'opzione "ibridata", non solo verrebbe soddisfatta la richiesta retributiva di proporzionalità, ma si otterrebbe la ricomposizione di tutti quei rapporti e circostanze che non hanno contenuto monetario, oltre che la promozione di quella cultura dell'integrità che il sistema penale cerca, in ultima istanza, di ottenere⁹⁹.

Se il ruolo dell'autore risulta un elemento di discontinuità rispetto al nucleo filosofico della giustizia riparativa, è con la posizione delle "vittime" della criminalità di impresa che paiono aumentare le incertezze. Difatti, la particolarità dei reati dei colletti bianchi si sostanzia proprio nella platea di destinatari degli effetti dannosi da essi prodotti, per lo più diffusi ed aggregati e quindi difficilmente misurabili e circoscrivibili¹⁰⁰.

In prima approssimazione, vi è da dire che spesso, laddove la condotta criminale non sia stata posta in essere a loro vantaggio, sono le imprese stesse a poter potenzialmente ricoprire la posizione di parte lesa. Tuttavia, come sottolineato dalle fonti sovranazionali che ne rifiutano il riconoscimento¹⁰¹, potrebbe apparire "ideologicamente ingiusto"¹⁰² che imprese di grandi dimensioni e di particolare forza economica possano ricoprire il ruolo di vittima, senza contare che non risulta agevole la concreta distinzione tra persona fisica e persona giuridica. Al contrario, non vi sono dubbi circa l'esistenza delle cosiddette vittime diffuse o "di massa"¹⁰³. Si tratta di coloro che rientrano in una dinamica per cui il danno provocato dal reato, se considerato singolarmente, potrebbe essere di scarsa importanza, ma colpendo una pluralità di soggetti – diffusi,

⁹⁹ M.K. RAMIREZ, *The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine Through the Corporate Death Penalty*, in *Ariz. L. Rev.* 2003, 933- 935;997-999.

¹⁰⁰ J. BRAITHWAITE, *Challenging Just Deserts: Punishing White-Collar Criminals*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1982, 742.

¹⁰¹ La Direttiva 2012/29/UE si riferisce come vittima solo alla persona fisica, in modo simile al suo predecessore, la Decisione Quadro 2001/2020/GAI132. In applicazione di quest'ultima, la sentenza della CGCE C-205/2009 del 21 ottobre 2010 ha dichiarato che "gli articoli 1, lettera a), e 10 della decisione quadro devono essere interpretati nel senso che la nozione di "vittima" non comprende le persone giuridiche ai fini della promozione del procedimento penale di cui al citato articolo 10, paragrafo 1 poiché il legislatore dell'Unione ha potuto legittimamente istituire un regime di protezione per le sole persone fisiche, poiché queste ultime si trovano in una situazione oggettivamente diversa da quella delle persone giuridiche, a causa della loro maggiore vulnerabilità e della natura degli interessi che possono essere lesi solo nel caso delle persone fisiche, come la vita e l'integrità fisica della vittima". Tuttavia, essa afferma che *la decisione quadro non impedisce né obbliga gli Stati membri ad applicare le sue disposizioni anche nei casi in cui la vittima è una persona giuridica*.

¹⁰² M. J. GUARDIOLA LAGO, *¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?*, in *Revista de Derecho Penal y Procesal*, 2020, 573.

¹⁰³ M. J. GUARDIOLA LAGO, *¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?*, *¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?*, cit. 574.

di massa per l'appunto – il beneficio economico ottenuto ed il danno complessivo risultano particolarmente gravi. A titolo esemplificativo, le operazioni fraudolente su larga scala come le pubblicità ingannevoli ovvero le truffe informatiche sono i casi da cui più frequentemente derivano vittime “di massa”. Proprio per la portata della condotta criminale ed i labili confini del perimetro in cui si producono i suoi effetti, nei casi di vittime diffuse, oltre ad un problema di identificazione, vi è il rischio che le stesse abbiano una debole consapevolezza circa il proprio status¹⁰⁴. Analogamente, si registrano difficoltà di individuazione e consapevolezza in capo a tutte quelle “vittime indirette”, ossia quei soggetti che non risentono direttamente della lesione del bene giuridico protetto dalla norma penale, ma che comunque subiscono un danno tutelabile in sedi civilistiche poiché il reato mina un bene collettivo: si pensi ai reati urbanistici o ambientali, a tutti i casi di corruzione ovvero traffico di influenze illecite.

Da ultimo, soprattutto in tempi in cui le grandi multinazionali dominano attività e settori sempre più estesi, è emersa la categoria della cosiddetta *corporate violence*¹⁰⁵. Essa indica tutte quelle condotte che rientrano nel corso ordinario dell'attività di impresa e sarebbero totalmente legittime se non avessero prodotto lesioni gravi, quali malattie oppure morte. Il pregiudizio alla vita, all'integrità fisica o alla salute sono generalmente collegati a tre filoni principali dell'attività delle imprese: l'ambito del rispetto delle norme a presidio della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro, quello della commercializzazione di prodotti e le attività connesse alle risorse naturali come aria, suolo ed acque¹⁰⁶. Le vittime di *corporate violence* sono considerate altamente vulnerabili¹⁰⁷ poiché risentono di una forte asimmetria rispetto all'autore del reato, sia in punto di squilibrio informativo che in punto di persistenza delle conseguenze generate dal reato¹⁰⁸. In questo frangente, la giustizia riparativa potrebbe sortire degli effetti particolarmente positivi stante i risultati di alcuni studi empirici i quali hanno dimostrato che, quanto più è profondo il sentimento di perdita di controllo da parte delle vittime sugli

¹⁰⁴ I. AERTSEN, *La médiation victime délinquant en cas d'infraction grave*, in *Politique pénale en Europe*, Council of Europe Publishing, 2005, 237.

¹⁰⁵ G. FORTI-C. MAZZUCATO-A. VISCONTI-S. GIAVAZZI, *Victims and corporations. Legal Challenges and empirical findings*, Milano, 2018.

¹⁰⁶ M. PUNCH, *Suite violence: why managers murder and corporations kill*, in *Crime, Law and Social Change*, 2000, 243-280.

¹⁰⁷ I. AERTSEN, *La médiation victime délinquant en cas d'infraction grave*, in *Politique pénale en Europe*, Council of Europe Publishing, 2005, 238.

¹⁰⁸ M. CANNITO, *La giustizia rigenerativa: premessa e sfida per una trasformazione sociale*, in *Medi- res*, 2007, 172: *Il crimine mette in evidenza uno squilibrio di potere sia esso fisico, psicologico, sociale o politico, tra il reo e la vittima.*

effetti della condotta nociva, tanto maggiore è il bisogno di informazione ed il disagio psicologico¹⁰⁹. Sebbene il rapporto autore-vittima nella criminalità di impresa necessita di un'analisi più approfondita per giustificare un allontanamento dai paradigmi punitivi tradizionali, lo stesso non può dirsi del terzo elemento che caratterizza la dinamica riparatoria, ossia la collettività. A tale ultimo proposito, taluni hanno fatto notare come in tutte quelle situazioni di vittime diffuse o di massa, ma soprattutto nei casi di vittime indirette, queste ultime *diluiscono con la comunità*¹¹⁰. In buona sostanza, è proprio nella criminalità dei colletti bianchi che viene valorizzato il duplice ruolo della comunità quale parte lesa e mezzo di ricomposizione, per cui, se per un verso la collettività risulta danneggiata sul piano dei valori e delle norme della convivenza, per altro possiede le risorse necessarie per il reinserimento dell'autore del reato ed il recupero della vittima. In altre parole, essa è capace di *ristabilire* i legami sociali ed altresì *trasformare* una realtà in cui è venuta meno una cultura della conformità¹¹¹.

8. Giustificazione e legittimità della giustizia riparativa nella prospettiva della sua applicazione alla criminalità d'impresa

L'opzione della giustizia riparativa è prima di tutto un'opzione di principio: ancora prima di interrogarsi sull'effettiva utilità della giustizia riparativa nel caso della criminalità d'impresa, è bene convenire sul fatto che sia utile in una prospettiva sistematica della giustizia¹¹². D'altro canto, non si possono comunque ignorare le difficoltà che il sistema penale tradizionale riscontra nel perseguire simili reati in termini di costi e tempi¹¹³, soprattutto a fronte della costante "cifra oscura" degli stessi caratteristica. A ben vedere, il paradigma riparativo potrebbe costituire un valido complemento al modello punitivo tradizionale nella misura in cui, di fianco allo stigma derivante dalla condanna¹¹⁴, combinerebbe l'opera di ricomposizione sociale e/o

¹⁰⁹ A. VISCONTI, *Corporate violence: harmful consequences and victim's needs. An overview*, in *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, 2018, 150.

¹¹⁰ M. J. GUARDIOLA LAGO, *¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?*, cit., 560.

¹¹¹ M. J. GUARDIOLA LAGO, *¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?*, cit., 583.

¹¹² Z.D. GABBAY, *Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime*, cit., 469.

¹¹³ J. HASNAS, *Ethics and the Problem of White Collar Crime*, in *AM. U.L. REV.*, 2005, 579-593 (2005), 157-158; R.G. MORVILLO-B.A. BOHRER-B.L. BALTER, *Motion Denied: Systemic Impediments to White Collar Criminal Defendants' Trial Preparation*, in *AM. CRIM. L. REV.*, 2005, 157-158

¹¹⁴ Z.D. GABBAY, *Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime*, cit., 444.

economica. Una simile sinergia appare plausibile soprattutto considerato che i sistemi occidentali si avvalgono sempre più di forme “para-collaborative” le quali, benché prevedano spesso pene mitigate¹¹⁵, con altrettanta frequenza rischiano di tradursi in semplici versamenti di somme di denaro oppure mere trattative in cui si negozia una sentenza in cambio di un parziale riconoscimento dei fatti¹¹⁶. Di contro, la risposta riparativa condurrebbe ad un risultato complessivo più soddisfacente poiché, agendo maggiormente in prossimità del danno prodotto e richiedendo un intervento attivo di tutti i soggetti coinvolti nella dinamica criminosa, minimizza lo squilibrio esistente tra autori del reato e parti lese¹¹⁷. Peraltro, il fatto che si tratti di reati di pericolo – e per la maggior parte contro beni dello Stato (ordine economico, amministrazione, finanze, pianificazione territoriale, ecc.) – ovvero beni spesso indisponibili o comunque indivisibili¹¹⁸, non esclude che si producano danni suscettibili di riparazione. In quest’ultimo senso, il paradigma riparativo potrebbe fornire una risposta più completa alle esigenze di giustizia, poiché contribuirebbe ad un quadro teorico, metodologico e assiologico *più raffinato nel perseguire lo scopo di correzione dei difetti di conformità*¹¹⁹. L’intrinseca vocazione universale della giustizia riparativa risulta, infatti, particolarmente idonea a contenere tutte le ripercussioni della criminalità d’impresa, materiali ed immateriali: tra le molte, la perdita di fiducia dei cittadini nei confronti di certe realtà istituzionali ed aziendali, il danno reputazionale sofferto dal trasgressore, ma altresì dai lavoratori e dalla stessa azienda coinvolta, comprendendo altresì tutti coloro che lavorano in maniera diretta o indiretta nel medesimo settore¹²⁰.

Pertanto, è proprio la “dimensione fiduciaria” della giustizia riparativa che permette di ripristinare la fiducia per interi settori istituzionali ed economici, reinserendo quindi i contesti deviati in dinamiche sociali ordinarie¹²¹.

In conclusione, i tratti chiaroscurali dei reati economici finiscono per illuminare

¹¹⁵ A. BARRIONUEVO-T. EVANS, *Witness in Enron Trial Struggles With Emotions; Koenig Talks of Decision to Plead Guilty*, in *N.Y. TIMES*, Feb. 6, 2006.

¹¹⁶ J.M. TAMARIT SUMALLA, *La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico*, in *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012, 22.

¹¹⁷ G. VARONA MARTÍNEZ, *Elementos victimológicos en la definición de necesidad de pena. Aportaciones críticas desde la justicia restaurativa*, in *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Navarra, 2018, 83.

¹¹⁸ C. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal en la empresa. Parte general*, Valencia, 2016, 188-189.

¹¹⁹ Cfr., A. NIETO MARTÍN, *Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa*, in *Autorregulación y sanciones*, Navarra, 2015, 122.

¹²⁰ I. AERTSEN, *Restorative justice for victims of corporate violence*, cit., 248.

¹²¹ G. VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, cit., 250.

il principio alla base della giustizia riparativa, nella misura in cui la devianza in questione non solo possiede margini di liceità molto ampi, ma, soprattutto, sorge spesso a valle di quella cosiddetta “irresponsabilità organizzativa”¹²²; vale a dire quell’atteggiamento criminale collettivo che incentiva i singoli ad intraprendere azioni che individualmente non compierebbero, con la conseguenza di sfumare le linee di confine tra autore del reato e vittima¹²³.

9. La giustizia riparativa nell’ordinamento italiano

Nell’ordinamento italiano la consapevolezza per cui un modello “monolitico” di giustizia fosse incapace di rispondere alle esigenze di efficienza del sistema ha permesso che l’idea negoziale facesse ingresso nel processo penale per il tramite del cosiddetto “patteggiamento”¹²⁴. È infatti in questa occasione che non solo si è assistito ad una prima importazione della logica “sinallagmatica” nella gestione della pena, ma altresì ad un’apertura verso quell’idea simil-riparativa per cui la mancata celebrazione dei processi costituisse una sorta di premio sanzionatorio¹²⁵. Nonostante queste premesse, in origine i reati di impresa sono stati ritenuti inadatti ad una *penalità più dialogica*¹²⁶, stante la loro dinamica offuscata e, di regola, la circostanza per cui per essi frequentemente non si arrivava a giudizio¹²⁷. Un capovolgimento di prospettiva è emerso solo con l’introduzione della disciplina inerente la responsabilità da reato delle persone giuridiche (D. Lgs. 231/2001)¹²⁸, la quale ha lasciato emergere la peculiare “*adattabilità*” dei reati economici alle logiche riparative del sistema¹²⁹. In buona sostanza, un sistema incentrato sulla *compliance* è apparso efficace nel rispondere all’alto numero di reati di pericolo e nel proteggere gli interessi superindividuali minacciati all’interno delle compagini aziendali. Di conseguenza, l’ambito dei reati economici è stato riconosciuto quale “settore-pilota” nella sperimentazione di logiche alternative a quelle retributive-assolute, capaci di tradurre in ottica generalpreventiva i

¹²² B. SCHÜNEMANN, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, in *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, 1995, 571.

¹²³ J. DIGNAN, *Understanding victims and restorative justice*, in *Open University Press*, 2005, 175.

¹²⁴ Sul tema: M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 279 – 402.

¹²⁵ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. Pen.*, 2001, 1035 ss.

¹²⁶ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, 580.

¹²⁷ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici*, cit., 581.

¹²⁸ L. 8 giugno 2001, n. 231.

¹²⁹ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici*, cit., 592.

concetti di osservanza, accondiscendenza, ottemperanza, collaborazione, conformismo normativo¹³⁰. Più nello specifico, il D. Lgs. 231/2001 ha operato un'inversione della logica tradizionale a favore di un'idea per cui la pena interviene solo al venir meno di un programma finalizzato a prevenire che le *persone fisiche* commettano i reati. In questo meccanismo le imprese ricoprono il ruolo di "sentinelle della legalità", rivolte pertanto a promuovere una cultura della prevenzione attraverso regole cautelari e modelli di organizzazione della sicurezza. È all'interno di un contesto di questo tipo che è avvenuta una svolta culturale nell'idea punitiva, laddove il legislatore del 2001 ha inteso evitare all'ente le pene interdittive (che paralizzano l'attività d'impresa) e quelle pecuniarie (ossia le principali) in presenza di condotte in grado di neutralizzare l'offesa e risarcire il danno per il fatto del dipendente o dell'apicale autore del reato. Difatti, in virtù degli articoli 12 e 17 del D. Lgs. 231/2001, il risarcimento integrale del danno, l'eliminazione delle conseguenze del reato e l'adozione *ex post* del modello organizzativo, permettono variamente all'ente di beneficiare di una riduzione della pena pecuniaria, sino alla totale disapplicazione delle misure interdittive. Queste ultime previsioni hanno superato la logica classica che permeava anche i primi meccanismi (apparentemente) riparativi, ossia quella per cui la riparazione dell'offesa non è un obiettivo dello Stato, ma un onere – da adempiere in forma prevalentemente in forma risarcitoria – dell'autore del reato¹³¹. In altre parole, il meccanismo del D. Lgs. 231/2001 si pone come elemento di rottura di una concezione che vede la riparazione come una vicenda privata – alla stregua del danno risarcito – oppure secondaria, quale attenuante della pena – richiedendo che, in primo luogo, si prevenga la possibilità che vi siano reati, e nel caso in cui questi vengano commessi, si neutralizzi la specifica fonte di pericolo che li rende possibili e si ripari e risarcisca il fatto altrui (colposamente agevolato). È dunque evidente come l'ingresso della responsabilità da reato degli enti ha offerto il fianco ad una nuova prospettiva per cui, dal momento in cui la priorità è prevenire determinate condotte – e solo eventualmente reprimerle in senso rigidamente retributivo – la pena tradizionalmente intesa non solo si rivela essere profondamente antieconomica, ma rappresenta soprattutto il fallimento dei meccanismi previsti dalla riforma.

Peraltro, alcuni barlumi di *compliance riparativa* avevano già fatto breccia nel

¹³⁰ D. BOCK, *Criminal Compliance*, Baden-Baden, 2011, 19 ss.

¹³¹ A titolo esemplificativo, in caso di delitti, il risarcimento del danno o la riparazione dell'offesa comportano un'attenuazione della pena (art. 62 c.p.); ovvero nelle contravvenzioni come l'oblazione (art. 162 e 162-*bis*, oltre alle forme speciali), l'attenuante opera qualora si impedisca l'evento dopo la commissione dell'azione (art. 56 u.mo comma).

diritto penale d'impresa nel settore della sicurezza sul lavoro¹³² laddove le oblazioni contrattate, con prescrizioni e messe in mora, erano state destinate alla non applicazione della pena¹³³. Il meccanismo estintivo degli illeciti contravvenzionali in questione non era dunque finalizzato a reprimere l'illecito, quanto piuttosto a prevenirne la commissione poiché primaria era l'esigenza di eliminare o ridurre al minimo il pericolo permanente da essi prodotto. A corredo di queste tendenze, non si può non fare riferimento alle prassi giudiziali e alle attenzioni riformistiche dedicate ai meccanismi "riparatori" e "negoziali" in ambito societario: paradigmatica risulta la cosiddetta "banca rotta riparata", ossia quella figura di riparazione che ha luogo qualora gli originari illeciti siano ripianati per il tramite di atti di segno opposto idonei ad elidere l'offensività della banca rotta patrimoniale prefallimentare¹³⁴.

In definitiva, il modello penalistico dominante della realtà economica sembra non essere più incentrato sul concetto di "punizione per il danno", quanto piuttosto su quello di pericolo e, più specificatamente, su di un pericolo che genera profitto la cui riparazione non viene avvertita come "di classe"¹³⁵, quanto piuttosto alla stregua di un contributo alla "sicurezza comune". In quest'ultimo senso, pare essere altrettanto superato anche il tradizionale dualismo tra prevenzione generale e speciale poiché la pena è già post-riparatoria, ossia interviene se ed in quanto non vi sia stata la riparazione che resta l'obiettivo primario della norma penale¹³⁶.

10. Riflessioni conclusive

Parlare della giustizia riparativa quale risposta alla crisi della funzione della pena potrebbe risultare, di primo acchito, un'opzione *disruptive*: è infatti tutt'altro che evidente come una logica che di *punitivo in senso stretto* non ha niente – o comunque molto poco – possa risolvere le criticità di ciò del sistema *penale*. Tuttavia, la crisi della visione esclusivamente carceri-concentrica¹³⁷ denota l'esigenza di provvedere ad un

¹³² D.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758; art. 301 TU, d.lgs. 81/2008.

¹³³ In questo senso, il Progetto 2015 della Commissione Caselli, di riforma dei reati alimentari, in *Dir. pen. con.*, 2 novembre 2015, art. 12-ter ss.

¹³⁴ Cfr., O. ZAMPANO, *Banca rotta "riparata" e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 745 ss.

¹³⁵ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 594.

¹³⁶ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

¹³⁷ P. TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma, 2016, 3 ss.

*ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio*¹³⁸, aprendo a risposte al reato che richiedono un impegno attivo dal soggetto agente. È dunque in questo frangente che emerge l'utilità della valorizzazione del paradigma riparativo, il quale, lungi dal perpetuare meccanismi di "raddoppio del male", fonda la sua operatività sull'idea di una ricomposizione del conflitto tra autore del reato, vittima e comunità, di modo che il crimine rappresenti un'occasione di rafforzamento dei legami sociali.

Per dare conto di come la giustizia riparativa possa rappresentare il passo coerentemente successivo rispetto alla concezione della pena originariamente intesa, basterà richiamare la più risalente – e tuttavia imperitura – riflessione sugli scopi della pena figlia della rivoluzione illuministica. A tale scopo vengono difatti in ausilio le parole di un *libbriccino fortunato* il quale, già in tempi non sospetti, suggeriva che come *vi vuole il fulmine per abbattere un feroce leone che si rivolta al colpo del fucile*, man mano che *nello stato di società cresce la sensibilità (...) deve scemarsi la forza della pena, se costante vuol mantenersi la relazione tra l'oggetto e la sensazione*. Sono dunque le stesse parole di Cesare Beccaria, padre indiscusso della riflessione sulla pena, che ci offrono gli spunti utili a ripensare la pena per come *dovrebbe ancora* essere. In sostanza, come nel Settecento è sorta la consapevolezza per cui non vi possano essere leggi che permettano che l'uomo cessi di essere *persona* e diventi *cosa*, così nel ventunesimo secolo sarà il caso di riconfermare l'idea per cui lo Stato – e quindi la giustizia penale – debba svolgere un ruolo *servente* nei confronti dell'individuo e del suo tempo. Difatti, se ora come allora *il fine principale d'ogni buona legislazione* è rappresentato dalla prevenzione dei delitti, è solo alle soglie del post-moderno che emerge con vigore quella necessità di rafforzare la capacità dell'ordinamento giuridico di mantenere elevata tra i consociati, anche per il tramite di norme penali, l'adesione alla legalità per scelta personale. In altre parole, la transizione da un sistema sanzionatorio improntato su di una pena misurata e ciecamente retributiva, ad uno votato alla logica della progettualità, non fa altro che aderire ad un'illuminante e precoce consapevolezza: *che la grandezza delle pene dev'essere relativa allo stato della nazione medesima*. È dunque in forza di una simile coscienza che si è declinato il tema nel sottosistema dei reati economici, spia contemporanea di come una valida e razionale mediazione tra esigenze di tutela e "costi" del sistema punitivo esuli oramai da paradigmi meramente afflittivi.

L'auspicio è dunque quello di rifiutare l'idea di una pena quale esito ineluttabile e, alla fine, impersonale di una procedura compensativa, promuovendo piuttosto il

¹³⁸ Cass. Sez. un., n. 36272, 31 marzo 2016.

tentativo di fare *vera giustizia*, ossia tornare a *rendere giusti – giustificare*, nel senso etimologico del termine, i rapporti spezzati dalla vicenda criminosa. Così, scoraggiate le prime incertezze, la giustizia riparativa potrebbe allora assumere un senso ben preciso all'interno di una rinnovata riflessione sulla pena, laddove riguadagna un ruolo di primo piano la prevenzione dei delitti quale unico fondamento giustificativo del sistema penale. È pertanto in questa direzione che si riempie di contenuto la persuasione secondo cui la finalità preventiva non possa compiersi su meccanismi di mero condizionamento – mera *ripetizione del male* bensì su dinamiche assai più fluide che creino i presupposti affinché si mantenga elevato nel tempo, in ambito sociale, il livello di adesione per scelta al rispetto delle norme e di impegno alla ricostituzione delle “relazioni spezzate” dalla commissione del reato. Attraverso il prisma della criminalità economica, il ripensamento della funzione della pena potrebbe essere ulteriormente calato nella contemporaneità, fungendo da spia di una partita sempre aperta in cui la prevenzione gioca tra appello normativo e autonomia soggettiva; partita che il diritto penale ben può, se non vincere, governare attraverso la messa in campo, anche rispetto a realtà complesse come quelle societarie, di concetti quali *responsabilizzazione, riparazione, riconciliazione, progetto*.